

<< 論説 >>

オーストリアにおける使用賃貸借法制と 物権債権峻別論

——物権債権峻別論検討の一素材として

梶谷 康久

- 1 はじめに
- 2 オーストリアにおける賃貸人の交代をめぐる問題と不動産賃貸権の
物権化
- 3 オーストリアにおける物権債権峻別論への疑問
- 4 おわりに

1 はじめに

(1) 物権債権峻別論をめぐる議論状況

赤松秀岳『物権債権峻別論とその周辺¹』は、物権債権峻別論についてドイツの議論を取り上げて検討したものとして著名である。また、物権債権峻別論を問題意識に置く研究を散見することはできる²。しかし、物権債権峻別論のまとまった成果を著すものは、赤松の研究と言えよう。赤松の問題意識は次のものである。すなわち、物権と債権が峻別された体系下では、物権にのみ排他性、優先的効力、物権的請求権などが認められる³。したがって、日本で大きな問題となった不動産賃貸権に基づく

妨害排除については、実務上の必要性は別として、理論上は認めることはできない⁴、ということである。そこで、日本における物権債権峻別論を検討するために、物権債権峻別論の由来となったドイツ法学の議論を参照した。これにより、「…… [物権債権峻別論の] 由来、その考え方としての構造と問題点、そして、その克服の可能性……場合によっては、『峻別論』や債権の『物権化』に関する学説の基盤となっている考え方⁵」を明らかにしようとした。そして、次のような示唆をしている。「今日、わが国においては、物権と債権の区別にかかわる問題、たとえば、賃借権の物権化は、以前ほど好んで論じられるテーマではないようである。しかし、複雑な現代社会が絶えず古典的な物権と債権の区別に再検討を迫る問題を提起していることは、想像に難くない。この点において、かつて物権と債権を極めて厳格に峻別したドイツ法学のその後の対応は、われわれにとっても参考となるであろう⁶。」

また、以上のような指摘は於保不二雄の研究にも現れている⁷。すなわち、物権債権峻別論は岐路に立たされており、物権と債権とに二分することが難しい法現象が生じている。これは、ドイツにおいても同様であった。そこで、ドイツでは絶対権と相対権を区別しながらも、絶対権・相対権の性質には完全には合致しない法現象をどのように説明するかが検討された。その成果は、赤松研究にて紹介されている。そして、物権債権峻別論では捉えきれない種々の権利を説明することについて、日本でも検討しなければならないのではないか、ということが示されている。

その後10年ほどを経て、日本私法学会のシンポジウムで「財産法理論の展開」というテーマで物権債権峻別論が扱われた。そこで、加藤雅信は「社会の現実としては、どのような場合にどのような強さの『権利』が必要かという程度は連続的に連なっているところを、民法典は物権、債権という2つのカテゴリーに分類したことになる⁸」と指摘しつつ、赤松の著書を引用し、物権と債権との「中間形態⁹」が存在しうるこ

とを示した。そして、「このように中間的な形態も存在しているが、最初に検討した物権や債権の種々の属性に着眼しながら、物権と債権の生成を考え、現行法の下での種々の中間的な存在や、歴史的に中間的な存在であった『対物権、物への権利』（*jus ad rem* 現行民法では特定物債権として観念される）等を考察していくことが、現行法の物権、債権の峻別の法構造を考えるうえで重要であろう¹⁰」という。このことから、赤松・加藤に共通する思考として、物権と債権との中間形態を認めつつ、物権債権峻別論は維持するということが読み取れる。しかし、赤松の当初の問題意識は、物権と債権との峻別により、前者にのみ認められるべき性質は、後者には認められないはずであるのに、債権に物権的な効力を付与できるのか、ということであった¹¹。このように考えると、少なくとも民法上の権利は物権と債権とに二分されなければ、議論が成立しない。中間形態が認められるならば、債権に物権的効力を付与するという思考をとらずに、物権的効力を有する債権あるいは債権的効力を有するにすぎない物権は、中間形態と捉えればよいからである。そして、中間形態を認めるとしても、債権が物権的効力を有するということは、矛盾している。ある権利が物権であるからこそ、「物権」的効力が認められるということが、文理からして素直な読み方だからである。この物権的効力が債権にも認められるのであれば、それはその債権に認められる効力なのであって、これを「物権」的効力であると呼ぶのは、債権が「物権」的なのかという奇妙な感を覚える。それならば、素直にすべての権利について、個々に効力を検討すればよく、ことさらに「物権的効力」、「債権的効力」と呼ぶ必要はない。

では、なぜ物権債権峻別論が必要とされるのだろうか。しかし、物権債権峻別論は所与のものとしており、必要かどうかを検討する論文は管見の限りではほとんど見られず、先のシンポジウムでの瀬川信久の報告にて、物権債権峻別論の意義が検討されており、そこでは我妻栄、川島武宜の議論が参照されている。川島は取引の自由と安全、我妻は競争

と自由の枠組みで、物権と債権を捉えていることが指摘されている¹²。そして、物権と債権とが具体的な場面でどのように捉えられるかを検討しようとし、「特定利益取得型」、「金銭価値取得型」、「預託型」のそれぞれの契約と「契約によらない債権」の場面を設定して検証している¹³。そして、これらの検討から「……これまでの二分論が見落としてきたものを明らかにし、採用していた視角を自覚することは、物権・債権二分論を今日の社会に適応させる作業の第1歩であるように思われる¹⁴」と締めくくっている。瀬川報告は、一律に物権債権を峻別することはできず、その背後にある事実関係から物権的効力を与えるべきかを検討すれば良いことが示されている。この報告は、物権債権峻別論という抽象的理論を、類型論を介して現代社会に妥当させようとする試みであったと評価できる。

以上の物権と債権をめぐる議論を踏まえると、次のような結論を見出すことができる。すなわち、物権と債権との二項対立については維持するということである。そして、物権と債権とを両極に置いた際に、「中間形態」をどのように扱うか、もう少し正確に述べれば、中間形態の出現は当然に認めつつも、物権と債権とで権利を区別するとすれば、その中間形態についてはどのような性質であるというべきなのか、この位置づけを明確化する必要が問われたわけである。

(2) 解釈をめぐる問題

物権と債権の区別については、「中間形態」を認めることによって、現実との妥当性を見出すことができるとすれば、これといった問題点は生じない。物権と債権とに権利は二分することが物権債権峻別論であるとすれば、確かに中間形態の出現は物権債権峻別論にとって致命的となる。しかし、瀬川も、「……どのような分類でも流動的な中間物の存在は避けられないから、この懐疑論は物権・債権の区分にとって致命的ではない¹⁵」と指摘するように、現在の物権債権峻別論は特に中間形態を排

除するものではないと考えることが、共通理解となっていると言える。したがって、一方では特に問題はないわけである。

しかしながら、他方で言えることは、パンデクテン体系が物権と債権とに二分して法典を編纂させるのは、法典の編纂の際には物権と債権とが権利の種類であると考えられたからである。そうすると、やはり権利は物権か債権かに分けられるという思考は否定されない。そして、不動産賃借権の物権化に代表されるいわゆる「中間形態」を、どのように位置づけるかという問題提起は必要である。

そこで、物権と債権とを二分することによるメリットが何なのかということが問われよう。物権債権峻別論は純理論的なものである。そして物権と債権とを分ける最たるものは、教科書や体系書である。物権法の教科書も債権法（債権総論）の教科書も、冒頭はおおよそ物権・債権の性質について説明する。そして、物権・債権という抽象的な権利の共通項それぞれを理解してから各論的な説明を受ける、これがパンデクテン体系の法典がベースになっている以上、当然の流れである。すなわち、物権債権峻別論により物権あるいは債権というものを演繹的に理解するということが、法学を学ぶ際に自然と行われる。

しかし、これでは中間形態が説明できない。それにもかかわらず、実際に不動産賃借権の物権化は必要とされた。それは、不動産賃借権に物権的効力が実際に必要とされたからにほかならない。すなわち、民法を解釈するにあたっては、物権債権峻別論はあるかもしれないが、それとは異なる次元での「解釈」が求められている。

この民法の解釈をめぐるでも、すでに多くの議論が戦わされたことは周知のとおりである。法解釈方法論の整理についてはすでに優れた論考があるため、¹⁶ そちらを参考に概略を述べるに留めたい。これまでの法解釈方法論を非常に大雑把にまとめれば、純粋法学（ドイツ法学）を批判し、社会科学的な基準の定立をもとめるものの、それでは捉えられない実際の利益を衡量（考量）¹⁷ する必要があるという問題提起がなされ、し

かし利益衡量には明確な基準がないため、「議論」のアプローチが出現する、というものであった。その中で、利益を比較衡量するという考え方は、法律においても取られる手法であり¹⁸、いわゆる利益衡量論が判断枠組みに入ってきていると言える。

しかしながら、これらの法解釈方法論は、「日々行っている法解釈作業のあり方や意味が問われたとき、その問いに答えようとする、本来の意味で哲学的な作業」¹⁹であり、これまでに行われてきた実際の法的紛争の処理に対して何らかの基準を与えようとしてきたものではあったが、その議論の性格上抽象的な基準を打ち立てるに終始せざるを得ず、具体的にどのように判断をすれば良いのかということには回答が与えられていない。もっとも、この法解釈方法論争は概念法学を否定し、生の事実をどのように扱うかについて検討をしようとするものであり、法学が社会科学である以上は、必要な議論がなされていると言える。

(3) 本稿の問題意識

一方では本稿で取り上げる物権債権峻別論という法理論が存在し、他方では実際の紛争を解決する視点としての法解釈の方法が議論されている。この両者は決して相反するものではない。もっとも、法解釈方法論の出発点は末弘による判例研究の必要性と、実際の紛争処理に向けた法理論の提唱であり²⁰、物権債権峻別論を最上位においてそこから紛争の状況を見ずに理論的な結論のみをもって解決を図れば、両者は衝突しているといえる。地震売買の発生により、杓子定規に不動産賃借権が売買に劣後すると考えるとすれば、これは法解釈の方法としては不適切である。しかし、実際には不動産賃借権は保護されるべきであるとして、判例も法も発展してきた。その過程で、物権化した不動産賃借権の問題が生じ、これを物権債権峻別論の中で位置づけようとする、「中間形態」であると説明せざるをえなかったのである。

この現象はすなわち、不動産賃借権の物権化が法解釈（紛争解決）に

において必要とされる中で、物権と債権とに権利を二分することへの限界が示されたということである。瀬川の指摘のように、物権債権峻別論であって中間形態は包摂される。しかし、これは中間形態が現れたがゆえに物権と債権とに区別をすることが難しくなった現在の状況を説明するものであり、物権債権峻別論を現代に適用させるための解釈であるといえる。このように考えると、中間形態が次々と出現することが予想される中で、物権と債権とに区別するという体系を維持する必要があるのかという疑問を想起させる。

すなわち、ある紛争が生じた場合に、その権利に物権的効力を与えるのか、債権的効力を与えるのかという判断をする場合には、権利が物権なのか債権なのかを判断するのではなく、物権的効力が与えられるのか、債権的効力が与えられるのかを判断し、翻ってこれが物権か債権かあるいは中間形態かを考えているのである。物権債権という抽象的な権利から演繹するよりも、問題となる権利を後から帰納的に物権債権という枠に入れようとしているにすぎないのではないかということである。このように考えると、ある事件の解決あるいは権利の性質を検討するにあたっては、それを検討するための「価値判断」があるはずである。すなわち、物権的効力を与えられるべきだと考えるにしても、なぜ与えられる「べき」なのかという基準があるはずである。そして、このように考えるのであれば、ことさらに物権債権峻別論を強調することなく、各個に適切な解決だけを求めればよいのではないかと、したがって価値判断の基準さえ定めておけば、それでよいのではないかとということに行き着く。そこで、本稿では、物権債権峻別論を検討するための一助となりうる「価値判断の基準」について考察する。

(4) 検討の方法

本稿は、「価値判断」の基準を示すことで、物権債権という演繹的な権利の効力の導き方を否定しようとするものであり、このような問題意

識を示したオーストリアで公表された論考を取り上げることで、示唆を得たいと考えている。

まず、検討の対象については、本稿では「不動産賃借権の物権化」を題材とする。債権の物権化をめぐる法律状況は多く認められるが、不動産賃借権については各国で実際に保護されており、議論状況には相通じるものがあるからである。

次に、検討の方法としては、オーストリアの貸借制度の一部を概観し、オーストリアの法制度について理解を促す。そして、物権と債権との枠組みに疑問を呈するオーストリアの論文を紹介し、日本とオーストリアの法制度の違いに注意しながら、その論文が日本の議論においてどの程度参考となるか、ということについて検討し、本稿の問題意識である物権債権峻別論の今後の取り扱いと、法解釈の方法についての考えを述べたい。

なお、本稿の最たる目的は、オーストリアで公表された論文にて示唆された物権債権峻別という理論の是非について問うことである。オーストリアと日本とは貸借契約の一つを取っても、考え方の異なる部分が多い。しかしながら、オーストリアの貸借制度が日本よりも優れており、採用すべきであるということを示したいわけではないから、両国の制度の違いを意識すれば、物権債権峻別論に対する示唆を得ることは十分に可能であると考ええる。したがって、検討の対象をオーストリアの貸借と、物権債権峻別論に対する示唆に置くことは、検討の対象としては問題がないと考える。

1 成文堂、1989年。

2 例えば、生熊長幸「仮登記について—物権・債権という概念との関係において」法学36巻3号（1972年）1頁以下、佐賀徹哉「物権と債権の区別に関する一考察(1)—（3・完）—フランス法を中心に—」法学論叢98巻5号（1976年）27頁以下、同99巻2号（1976年）36頁以下、同99巻4号（1976年）62

頁以下、好美清光「賃借権に基づく妨害排除請求について—物権と債権の交錯」法経研究1巻3号（1990年）22頁以下、平田陽一「物権と債権の性質—法学的概念構成のための覚書」白鷗法学8巻（1997年）95頁以下、中山秀登「ドニストリヤンスキーによる物権論と債権論」法學新報111巻7／8号（2005年）81頁以下、水津太郎「ヨハン・アーベルの法理論—物権債権峻別論の起源」法学研究82巻1号（2009年）385頁以下、森田宏樹「物権と債権の区別」新世代法政策学研究17号（2012年）45頁以下など。また、大場浩之『不動産公示制度論』（成文堂、2010年）も問題意識の根底には物権債権峻別論があるように思われる。

- 3 赤松・前掲注1, 1頁参照（初出は、「ドイツにおける物権・債権峻別論の展開」徳島文理大学研究紀要33号1頁以下）。
- 4 赤松・前掲注1, 2頁参照。なお、ドイツ法における絶対権相対権峻別論については、於保不二雄「物権的請求権の本質」『民法著作集(1)財産法』（新青出版、2000年）91頁以下（初出は、法学論叢70巻2号[1961年]3頁以下）に記載がある。もっとも、「……一方においては、近代法における財産権の原理的・論理的対立概念としての絶対権・相対権の区別は否定しえないとともに、他方にあるのは、債権の譲渡性・財貨性、したがって債権の財産権性の高度化からすれば、債権の不可侵性を承認せざるをえなくなる。このことは一見して矛盾している。しかし、債権の相対性を強調するあまり、債権の不可侵性を否定しすぎることは正当ではない」と指摘し、ドイツでも債権保護規定があること、しかし、それだけで絶対権・相対権の区別が否定されたり、反対に債権の不可侵性が無制限に認められたりするわけでもないという。後に説明する本稿の問題意識の先取りとなるが、結局のところ区別を否定しないが、かといってその区別によっては把握しきれない事象があるということを指摘したとしても、それは何ら区別の必要性を説明したことにはならない。
- 5 赤松・前掲注1, はしがき1頁参照。
- 6 赤松・前掲注1, 197頁。
- 7 前掲注3, 参照。
- 8 加藤雅信「物権・債権峻別論の基本構造」ジュリ1229号（2002年）72頁。傍点は筆者による。
- 9 「中間形態」とは、赤松研究では不動産賃借権の物権化や生活妨害の差止請求、請求権競合論、債権担保、対抗要件を備えない物権変動、物権の権利濫用（赤松・前掲注1, 325頁～326頁参照）などが、加藤論文によれば不動産賃

借権の物権化、仮登記された債権、背信的悪意者の物権、一般先取特権つきの債権（加藤・前掲注7，72頁参照）などが挙げられている。

- 10 加藤・前掲注8，73頁。
- 11 赤松・前掲注1，2頁参照。
- 12 瀬川信久「物権・債権二分論の意義と射程」ジュリ1229号（2002年）111頁参照。
- 13 瀬川・前掲注11，112～115頁参照。
- 14 瀬川・前掲注11，115頁。傍点は筆者による。
- 15 瀬川・前掲注11，107頁。
- 16 瀬川信久「民法の解釈」星野英一編代『民法講座別巻1』（有斐閣，1990年）1頁以下は、これまでの法解釈方法論を整理し、末弘巖太郎にはじまる法解釈の議論の観点の違いを意識して、比較をするものである（問題意識として、同論文2頁を参照）。
- 17 周知のように、加藤一郎は「利益衡量」、星野英一は「利益考量」の語をあてたわけだが、水本浩「民法学における利益衡量論の成立とその成果（一）——書評 星野・借地借家法に代えて」『現代民法学の方法と体系』（創文社，1996年）88頁の脚注（8）の記述（初出は、民商62巻6号3頁以下）によれば、学界では意識した使い分けがなされていないことから「衡量」で統一するとされており、本稿でもそれに従う。
- 18 例えば、消費者契約法10条の利益を一方的に害するかという判断（最判平成23年7月15日判例集未搭載など）や、信義則の判断（最判平成14年3月28日民集56巻3号662頁など）においては、その一切の事情を衡量することが行われている。
- 19 瀬川・前掲注16，97頁。
- 20 末弘巖太郎「法律解釋に於ける理論と政策」民法雑考（日本評論社，1932年）2頁（初出は、春木先生還暦祝賀論文集〔有斐閣，1931年〕）参照。
- 21 例えば、無体財産権につき高林龍『標準特許法〔第3版〕』（有斐閣，2008年）91頁は、「知的所有権とも呼ばれるように、特許権は物権に類似する権利であり、対象となる発明を独占的排他的に使用・収益・処分する権利である」（ゴシック体は原文、傍点は筆者による）と説明し、竹田和彦『特許の知識〔第6版〕理論と実際』（ダイヤモンド社，1999年）326頁は、「というのは、この理論構成は、物権の効力の理論をそのまま特許権に応用したものである……」（傍点は筆者による）としている。ただし、竹田は特許権は物権とは

本質的に違いがあることを指摘する。これは、特許権の専用権説と排他権説の検討のために言及されているにすぎないが、本稿の問題意識と関連する面もあり、興味深い。しかし、本稿においては、この点には触れない。

2 オーストリアにおける賃貸人の交代をめぐる問題と不動産賃借権の物権化

ここでは、オーストリアの不動産賃借権²²について紹介したい。本来は、オーストリアの具体的な法制度を紹介すべきであるが、この点は上原の論考²³である程度の把握ができることから、本稿では賃貸人の交代をめぐる問題点だけを取り上げて、紹介することとする。その次に、不動産賃借権の物権化についての議論を概観したい。

(1) 賃貸人の交代をめぐる問題点²⁴

賃借目的物が譲渡され、所有者が交代した場合に、旧所有者と賃借人との間で結ばれた賃貸借契約はどうか²⁵。この点は、民法（ABGB²⁶）1120条、1121条および賃借権法²⁷MRG 2条が規定している。

まず、目的物が未だ賃借人に実際に引き渡されていない間に、譲受人に譲渡された場合には、目的物の譲受人はこの賃貸借契約を引き受ける必要はない。すなわち、売買が賃貸借を破ることになる。これは、相対的効力を有するにすぎない単なる債権契約が、第三者を拘束することはないことを理由とする。確かに、後述の価値判断の枠組みでは譲受人が賃貸借契約を引き受けなければならないという結論もありうるのであるが、ここでは目的物を譲り受けた新所有者と賃借人との間での利益が物権と債権であること以外は変わりがないことを前提としているため、売買が賃貸借を破ることになると説明されていると考えられる。この場合には、賃借人は旧所有者（賃貸人）への損害賠償請求権が認められるにすぎない。

次に、賃借人が現実の引渡しを受けていた場合には、譲受人が契約を

引き受ける旨が1120条(1121条)に規定されている。ここでは、譲受人の現実の占有が保護されていると考えられ、売買は賃貸借を破らないことになる。ただし、1120条1文は、譲受人は旧賃貸人と賃借人との間で取り決められた契約期間にかかわらず、法定の期間、または、それよりも短い契約上の期間内に解約告知をすることができると規定しており、賃借人が契約期間前に契約を解約されてしまう可能性があった。これについては、賃借権法によって保護が図られている。また、それ以外の付随的な取り決めについては、譲受人は拘束される²⁹。

不動産賃借権は、1095条、登記法9条により登記をすることが認められている。賃借権の登記がされている場合には、譲受人には解約告知権が認められない。1095条は、登記により不動産賃借権は物権とみなされると規定しているが、賃借権は登記されても「(絶対的な)『物権』にはならない³⁰」と解釈されている。物権ではないと解釈されているのではあるが、少なくとも不動産の譲受人は不動産賃借権の存在を認めなければならない³¹。

オーストリア一般民法典は、不動産賃借権については登記によって保護される道を開いているが、特別法にあたる賃借権法は、その2条において、目的物である不動産が賃借人に引き渡された場合には、登記がなくとも、目的物の譲受人は賃貸借契約に拘束されると規定する。ただし、この賃貸借契約の中に通常とは異なる付随的な取り決めがあった場合には、譲受人がそのことを知っているか、知らなければならなかったときにのみ、その取り決め³²に拘束される。

以上が、賃借権が第三者に譲渡された場合に、既存の賃貸借契約がどのように扱われるかについてである。登記をすることができること、しかし、登記をせずとも賃借権法による保護を受けているという点は、ドイツ法よりもより日本法に近い形態になっていることが分かる。

(2) 不動産賃借権の物権化

次に、オーストリアにおける「売買は賃貸借を破るか」の問題について、賃借権物権説と債権説の対立と、その後の議論展開を概観しておきたい。

オーストリア法は、普通法の影響から、当初は「売買は賃貸借を破る」ものとされた。確かに、この原則は慣習法により幾分か和らげられたが、³³ 草案段階でもこの原則が維持されることとなった。しかし、これでは賃借人が守られないため、1095条は不動産賃借権が登記されることで、「物権とみなされる」という制度を置いた。このことから、不動産賃借権は「物権」なのか「債権」なのか争われることとなった。

条文の規定から、これを物権と解する者もいたが、³⁴ 賃借人には明渡請求権が認められないため、³⁵ 物権ではないという主張が大半を占めた。そして、^{36 37} この債権説が主流となった。

では、物権説はなにゆえに賃借権を物権と考えるのだろうか。その着眼点の第1は、「賃借人がひとたび目的物の引渡しを受けると、賃借人や第三者の意思にかかわらず、直接に自らの権利で賃貸借契約期間中の目的物の利用が認められること」³⁸である。実際問題として、オーストリアにおいても不動産賃借権が登記されることはそう多くない。そこで賃借人が保護されるためには、占有訴権によるしかなかった。したがって、「引渡し」が常に重要な要素であった。この点は、賃借権法の2条にその精神が現れており、本条は日本の借地借家法31条1項と趣旨を同じくするものである。

第2に注目するのは、賃貸された目的物の譲受人にも解約告知権があることである。³⁹ もしも、賃借権が債権であるとすれば、この権利関係は元の賃借人と賃借人との関係に終始する。したがって、第三者（特に譲受人）はこの関係に対して何らの権利も持ちえない。しかし、賃借人が現に目的物を占有しているがゆえに、譲受人が譲り受けた目的物を完全な状態で利用できるようにする要請を叶えるためには、譲受人に解約告

知を制限的に認めざるをえないと考えるのである。

3つ目に着目するのは、賃借権にはもともと物権性があり、オーストリア一般民法典が登記を認めたから物権になったというわけではないということである。⁴⁰先買権や買戻権は、オーストリアでも単なる債権と考えられるが、登記することで絶対性を有する。しかし、先買権や買戻権は、将来行使されるかもしれない「潜在的な権利」にすぎないのであるが、不動産賃借権は契約により「すでに存在する権利」が登記される。この登記は、賃借権を保全するためのものであり、登記がなくても物の把握は実現されている。ゆえに、賃借権は登記の有無にかかわらず物権であり、引渡しを受けた動産の賃借権についても、同様に物権であるとする。

以上のように、これらの議論はドイツ法にも、況んや日本においても妥当する。そして、一応は「債権である」として賃借権の性質を決定することも、同様である。しかし、オーストリアでは、賃借権の性質がどのようなものかを議論するよりも、賃借人の保護の方法を主に考えるようになった。そこで、賃借権は単なる債権ではなく、「相対的絶対権」であるという考えが主流となっている。⁴¹そして、その権利はおおよそ「占有」を重視して展開している。これは、日本においても借家権に見られる考え方であり、ドイツ法でも売買によっても不動産賃借権を對抗するために「引渡し」が要件とされている⁴²ことに通じよう。この目的は「公示性」にあり、第三者は賃借権の存在を賃借人の目的物の占有により推認できるため、物権を有する者に対して債権者にすぎない賃借人が保護されるのである。

以上が、オーストリアにおける賃借権の第三者との関係と、物権化をめぐる議論状況である。オーストリアでも、特に不動産賃借権を保護するために登記可能性を与え、また占有によって登記の代替方法を認めることで、賃借権の保護が図られている。このようなオーストリアの不動産賃借権への考え方を踏まえた上で、次に物権債権峻別論が妥当するの

かどうかについての論考を詳細に検討してみたい。

- 22 本稿における「賃貸借契約」は、主に使用賃貸借契約 Mietvertrag を意味する。もっとも、後述のように ABGB は、賃貸借契約を Bestandvertrag として一律に規定しており、使用賃貸借契約と用益賃貸借契約 Pachtvertrag は、法典上は分けられていない。しかし、ドイツのとり使用賃貸借契約と用益賃貸借契約の区別はオーストリア法でも認識されている。そこで、以下では使用賃貸借契約は単に賃貸借契約と呼ぶこととし、用益賃貸借が問題となる場合にはその語により示す。また、Bestandvertrag が問題となる場合には、その語を摘示することで区別することにする。
- 23 日本において、オーストリア法を取り扱う論考は極めて少ない。その中でも、上原由起夫「オーストリアの新借家法について（一）（未完）」比較法政研究 9 卷（1986 年）、35 頁以下は、不動産の賃貸借を紹介するものであるが、本稿と関連する「賃借権の物権化」が問題となる場面は扱われていない。
- 24 これについて、Rabl/Riedler, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 6. Aufl. (2017), Rn. 8/78 ff. を主に利用する。
- 25 オーストリアでは、本件について動産、不動産を問わないことにも注意を要する。
- 26 本稿では、条文を参照する場合に、条文番号だけを示している場合には、オーストリア一般民法典の規定を意味する。ただし、文脈上「民法」という用語を摘示することがあるが、これは ABGB（オーストリア一般民法典）を意味する。
- 27 上原教授は、本法を借家法と訳されるが、本稿では原語のまま「賃借権法」と訳す。上原・前掲注 23、参照。
- 28 Vgl. Rabl/Riedler, a. a. O. (Fn. 24), Rn. 8/78.
- 29 Vgl. Rabl/Riedler, a. a. O. (Fn. 24), Rn. 8/78.
- 30 Vgl. Rabl/Riedler, a. a. O. (Fn. 24), Rn. 8/78.
- 31 3Ob191/98d wobl 1999/116, 236.
- 32 Vgl. Rabl/Riedler, a. a. O. (Fn. 24), Rn. 8/81.
- 33 Leo Geller, *Die Mieth*, in: Zeitschrift für das privat-und öffentliche Recht der Gegenwart (1878), S. 370.
- 34 Vgl. Zeiller, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III/2* (1813), S. 404.

- 35 Vgl. z. B. Nippel, *Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches VII* (1834), S. 241 ff.; Winiwarter, *Das österreichische bürgerliche Recht*, 2. Aufl. (1844), S. 296 f.
- 36 Vgl. Ernst Freih. v. Schwind, *Kauf bricht Miete*: in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB II (1911), S. 951.
- 37 これは、ABGBの制定当時には物権と債権との明確な分化がされていなかったために、1095条のような文言が取られたとされている。物権は、登記法の9条により登記できるものとされるが、それに付随して賃借権も登記できることが確認されている。これは、おそらく、賃借権が物権でないからこそ、賃借権を別個に規定しなければならず、登記法制定時には物権と債権との峻別思想があったことを窺わせるのだと思われる。この点、Schwind, a. a. O. (Fn. 36), S. 945を参照。
- 38 Schwind, a. a. O. (Fn. 36), S. 947.
- 39 Geller, a. a. O. (Fn. 33), S. 347 ff.
- 40 Geller, a. a. O. (Fn. 33), S. 349 ff.
- 41 OGH 30b462/24 SZ 11/50, Apathy, *Die publizianische Klage. Das relative dingliche Recht des rechtmäßigen Besitzers* (1981), S. 62 ff.
- 42 藤井俊二『ドイツ借家法概説』(信山社, 2015年) 293頁参照。

3 オーストリアにおける物権債権峻別論への疑問

上述のように、オーストリアの賃貸借は、大局的にみればドイツ法に連なるところもあり、また、日本法へ通じるところもある。したがって、議論の展開も一致をみると言える。⁴³このような系譜の中で、本稿は、1で述べたように、物権債権峻別論ではなく、その背後の「価値判断」を検証しようとするものである。この点につき、オーストリアでは、Bernd Schilcher⁴⁴による一連の研究が存する。ここではまず、Schilcherの問題意識とその結論を追うことで、価値判断を把握するための一助を得たい。

(1) 「強い権利」と「弱い権利」⁴⁵

Schilcher の論考では、まずは権利そのものとは何かを検討している。これは、サヴィニーの法力説（意思説）から、イエーリングの利益説への系譜と、そこから派生する様々な議論である。この点については、紙幅の関係上割愛したい。この点は物権・債権のさらに上位概念を考えるものであり、本稿の問題意識からは距離があるからである。

その後、Schilcher は、様々な判例を挙げて、「権利」について検証しようとする⁴⁶。

まず、道路交通法（StVO）93 条の問題に触れている。同法 93 条は、土地所有者に対して歩道の清掃や雪・氷の除去を義務づけている。土地の所有者は、本条に違反した場合には、罰金刑か自由刑に処せられる（同法 99 条）。しかし、歩行者は、この法律からただちに所有者に対して「歩道清掃権」を有するわけではない。歩行者は、告発権を有しているにすぎない。ただし、歩行者がこの義務違反を原因として怪我を負ってしまった場合には、民法（ABGB）1311 条の保護法規違反を理由として、損害賠償請求をすることは認められる⁴⁷。

ここでは、2つの重大な考慮が働いていると Schilcher は説明している。すなわち、1つは権利に関する重大な規準となる「特定の割当て」の観点であり、もう1つが対立する権利 Gegenrecht⁴⁸ による権利の区別である。すなわち、歩行者には歩道を清掃させる権利についての割当てはなされていない。ここでは、土地所有者の行為自由が保障されている。しかし、歩行者が日々、氷の除去がなされない道を歩くと、危険の程度が増大する。そして、危険の増大に比例して、歩行者に具体的な権利が生成されていくことになると指摘する。この過程はまさに、相対的に弱い権利が強化される過程であるという。そして、未だ歩行者の権利が弱い状態であるときには、告発権というフィルターで所有者の行動の自由を制限することが合目的であるという⁴⁹。

つまり、私人に危険が生じていない以上は、私人の権利は警察官の行

為によって副次的に実現されるべきであり、このように考えることがもっとも合目的かつ、効率的だと考えられる。このように、ある者に権利を割り当てるときには、「合目的性」と「効率性」についても評価要素として意識されなければならないという⁵⁰。

次に、権利は「強度」が思考されなければならない。この強度は、問題となる権利、社会的な明確性、個人の認識可能性によって判断される。一般に、権利が強くなればなるほど、その内容はますます明確になると考えられる。ここで考えられるべき権利は、不完全な物権である。不動産の売買契約において、買主が既に引渡しは受けているものの、登記は取得していないとする。ここで第二買主が現れた場合、すでにその不動産に買主が居住しているにもかかわらず、それを見逃して、「登記上の記録だけで」売買契約を締結したことになる。すなわち、第二買主は住居に居住はしているが、登記をしていない第一買主の「占有により強化された債権」に気づかなかったことについて帰責性があると言える⁵¹。このような第二買主には保護価値がないと考えられ、損害賠償義務を負う。そして、オーストリアでは損害賠償に原状回復が認められるため、第一買主の抹消登記請求が認められることになる⁵²。

このように、形式的には物権が問題とはならない場面であっても、債務法上の合意のみで、社会的な明確性、個人の認識可能性を媒介して強い権利が作り出されることがあることが示されている⁵³。そして、契約によって物に対する権利を作り出し、第三者に認識できる形で行使されているときには、372条によって保護されるのである。それは、例えば賃借人の否認権 Exszindierungsrecht⁵⁴ や、不当利得返還請求権、損害賠償請求権の行使が認められていることから窺える⁵⁵。しかし、これによって判例が物権と債権の分離を軟化させるということにはならない。これは、ここまで述べられてきた価値の観点で説明することが可能であるという⁵⁶。賃借人には、物の利用と享受という内容が債務法上の契約によって割り当てられている。そして、この割当ては占有によって明確化され

ている。そうであるならば、賃借人の損害賠償を認めることが、合目的であって効率的でもあるのである。⁵⁷なぜならば、仮に賃借人の権利が第三者に侵害されていたとしても、賃貸人がいなければ権利が守られないというのでは、合目的ではないからである。

また、リースにおいても以上のような思考がある。リース物件が第三者の帰責性ある行為によって利用できなくなったとしても、リース業者は通常はリース料を受け取ることができ、リース業者が侵害者に損害賠償を請求する動機は見いだせない。したがって、最終的にOGHはユーザーへの独立した権利を認めることになった。⁵⁸そもそも、リースのユーザーは、所有権留保付きの買主の地位に近似しており、占有によって地位は明確化されており、このように認めることが合目的であり、効率的でもあるのである。

さらに事細やかに議論が重ねられているのであるが、その点は割愛し、上記の点を総合して、権利を個別に分類する基準として、次の五つが提示されている。⁵⁹

1. 具体的な人に対する権利の割当ての強度と、この割当ての特定性の程度
2. 任意債権、または、法定債権の主張の強度（完全に有効で無条件の債権、または、条件付き、もしくは、取消可能にすぎない債権）
3. 社会典型的、または、個人の明確性の規模（明確性）
4. 権利の市場性、または、市場における事情の程度
5. 合目的性の考慮と経済的効率性

そして、この基準による分析をすることで、これまでのような権利の「類型化」を回避することができるという。権利を類型化し、そこから演繹的に効果を導き出すことは、例えば、賃借人が目的物を占有しているにもかかわらず、占有による請求権を否定するという結論を導き出す。「類型化」というのは、物権と債権、絶対権と相対権、関係規範

Beziehungsnormen と帰属規範などの区別をすることである。しかし、このような類型化を出発点にするのではなく、その都度の強い権利と弱い権利によって区別し、上記の五つの考慮要素と、これに対立する権利によって優劣を決めることで、納得のいく結論を導くことができる。このように理解すると、賃借権の「物権性」がこれまでの法則や「帰属」に関して矛盾するということではなく、価値的考察の結果がいわゆる「物権性」をもたらしているに過ぎないと考えられるのである。他者の賃借権が認識されているのなら、あるいは、認識しなければならなかった者は、他者の賃借権を尊重しなければならない。それは、他者が物権を持っている場合でも同様であって、それは「価値的考察」によるのである。⁶⁰

以上が、Schilcher の 1 つ目の論文の骨子である。ここから判断できることは、これまでの類型論によって演繹的に効果を導き出し、それにより事案を解決するという方法の転換が模索されているということである。もっとも、本論文だけで物権債権峻別論からの別離を読みとくことは難しく、あくまで価値判断の基準を提示しているに過ぎないと考えるべきである。そこで、Schilcher のもう 1 つの論文を概観して、物権債権峻別論の別離について検証したい。

(2) 物権債権峻別論からの別離⁶¹

この論文では、2011 年に出された OGH⁶² の判決を皮切りに、民法の体系を考えようと試みている。あるサッカー場の隣に木造納屋があったのだが、この納屋の屋根にサッカーボールが当たり、屋根が壊され、雨により建物の木材が腐敗したため、損害賠償を求めたという事案であった。当然に、損害賠償（約 5200 ユーロ）は認められたのだが、問題は差止請求権であった。この納屋は、一時使用目的で他人の土地の上に建てられた建物 Superädifikat であり（これは債権的な利用権である）、土地の所有者が返還を求めれば、いつでもこの納屋の所有者は返還に応じな

ければならない立場であった。本件で、下級審は差止請求を棄却していた。それは、納屋が一時使用目的のものであり、その利用者に積極的な資格はないと考えたからであった。しかし、OGHは、上物、すなわち納屋の「所有権」に着目して、差止請求を認めたのであった。一時使用目的の利用関係だけでは積極的資格を与えることはできないが、納屋自体の所有権に着目し、ゆえに相隣関係法を適用して、差止めを求めることができる⁶³と考えたのである。

この判決に異を唱えたのが、物権法の大家であるHolznerであった。すなわち、364条は、土地の所有者に差止めを認めると明白に書かれているのに、なぜ一時使用目的で土地の利用権原を有する者が、本条を行使できると読み替えることができるのか。このような体系を崩壊させるような解釈を、司法が行おうとしているのである、ということを指摘している⁶⁴。もちろん、本条は所有者以外にも、利用権者や用益権者にも適用されることは知られている。住居所有権者や、引渡しを受けた住居所有権を得ようとする者、建設権者も差止めが認められている。しかし、これらは「物権」に対して認められるもので、体系を崩壊させるようなものではない。体系を崩壊させるのは、物権ではない利用権について364条を類推する場合ということになる。

したがって、本件の判決は体系を崩壊させるものであるわけだが、これは今回に始まったことではない。1989年にすでにOGHは体系崩壊を導こうとしていた。それは、賃借人が364条2項によって、賃借権侵害への差止めを認めた判決を出したからであった⁶⁵。さらに、一連の判決として、漁業権の用益賃借人⁶⁶、たばこ屋の店主⁶⁷、動産のリースを受けた者⁶⁸、狩猟権の用益賃借人が挙げられる⁶⁹。

しかし、このようなHolznerの主張は、もはや影響力を認めることはできないとSchilcherは述べる。立法者ですら、債権的な利用権者を物権者と同一視して、差止めの訴えを認めるようになったからである⁷⁰。このような裁判所の見解は、そもそも70年前からみられるのである。

当時は、不法占拠者に対する賃借人の保護が問題となっていた。しかし、賃借人の多くが第二次世界大戦によって帰還できず、賃借人は直接の請求権を持たない以上、賃借人を侵害する者に対して何らの対策もできない状況であった。そこで、OGHは民法372条を類推適用することによって、賃借人に訴訟の当事者適格 Klagerecht を与えたのであった。⁷¹そして、372条⁷²に基づく返還請求権を認めただけであった。ここで問題とすべきだったのは、なぜ賃借人に372条が類推できるのか、ということとともに、372条に基づく返還請求権は認められるのに、単なる債権者にすぎないために、364条2項の差止請求権は認められないということとの対立であった。しかし、この点は当時検証されなかったのである。⁷³しかし、現在でも土地・建物は投機の対象となっており、不在賃借人の問題は未だに存するのである。ここに存在するのは、「緊急の、実際の必要性」なのである。

このような事態から、判例・学説は「準」物権⁷⁴と表現したり、「強い物権的要素を伴う権利」⁷⁵と表現したりして、この現象を説明しようとしている。これは、「物に対する関係」を理由づけとしなければならないが、これが実際には何なのかということは意識されず、「自明のもの self-evident」⁷⁶とされている。

次に、そもそも「物的 dinglich」というのは、何を指すのだろうか。Schilcherはここで、物権をめぐる歴史的な展開を紹介するが、ここでは、結論としてどのように把握されたかだけを示そう。それは、Ehrenzweigにより示された考え方である。「法律上の関係は人と人との間にのみ存し、人と物との間にはなく、したがって、物権は人的な権利であり、財産を享受する中で権利者が妨げられないという万人に対する消極的な請求権であると反論されるときには、これは同様に真実でもあるが、どうでも良いものでもあり、その理由は、この認識は我々を妨げることはできないが、同様に物に対するそれぞれの特別の関係のように、物権と示されるものを各人は尊重しなければならないからである。

我々は、色が目の感覚であり、誰もそこに感じない場合には、青色は存在しないだろうことをとてもよく知っているにもかかわらず、我々は対象を青と称するのである。」⁷⁷

つまり、「物権」というものは実際には存在しないわけであるが、何らかの「物的なもの」というのを我々は認識している。それを主観的に「物権」が存在していると考えているに過ぎないのである。⁷⁸ また、Ehrenzweig が物権に見たのは、あくまで物権も「人と人」との間に存在するに過ぎないということであり、しかし、万人が尊重しなければならないものとも見ており、ここには「物権の二重性」が見て取れることであった。万人に対する、物に対する人の特別な関係ではあるものの、債権的とも言える人に対する妨害阻止の権利でもあるということになり、これは奇異な構成である。⁷⁹ このような、物的権利と絶対権とを同視するような考え方は、かつては別物とされたはずであるが、現在では支配性と絶対性を結びつけて物権を説明することが一般となっている。⁸⁰ そして Picker⁸¹ は、結局は物権的請求権も物権者と侵害者との間の作為請求権、不作為請求権に過ぎないと考える。物権には、「実現請求権 Verwirklichungsanspruch」があるというが、実現したからこそ物権なのであって、また売買契約の買主も給付請求権によって権利を実現している。ネガトリア請求権は、物権以外にも、人格権や無体財産権、氏名権にも認められており、BGBの起草者も「所有権保護の規定の類推適用は……広範に認められる」と述べており、「物権的請求権概念……それ自体が見当外れ」であり、これはオーストリア法でも同様であるとしている。⁸²

このように、一方では「物的な」処分権限の保有者と物との間の関係と、他方では侵害された場合の双方向の債権的なものが組み合わされていると考えるのが整合的である。そして、このような関係を所有権に限定するのであるが、それは誤謬である。すなわち、実際には「尊重されなければならない」権利が、尊重されるべきだからである。それは、

所有権だけではなく、人格権、商標権や著作権などにも当てはまる。これらが侵害されるならば、差止請求権、損害賠償請求権や不当利得返還請求権が当然に認められるべきである。このように考えれば、債権も同様に保護されるべきであり、したがって、賃借人も損害賠償請求権と不当利得返還請求権を主張することができ、⁸³ 加えて、差止めの請求も認められるのである。⁸⁴

このような考え方の基礎には、不当利得返還請求権の基礎として Wilburg が提案した権利の「割当内容」の理論がある。⁸⁵ そして、この割当の理論は、不当利得法以外でも妥当する。権利に関しては、Savigny の「法力」と Jhering の「利益」との2つの理解があり、オーストリアでは、これが混合して理解されており、「人的利益」が権利内容として個人に割り当てられており、これが権利の法力によって極力効率的に貫徹されるのだ、と考えられている。⁸⁶ しかし、これが権利のすべてとは考えられず、貫徹するためにはそこに権原の強さと効力が検討されなければならないとする。権原は、法律上、契約上、あるいは裁判官による権原があるとされる。このような考え方は、民法の372条、373条から見て取ることができる。登記がなくとも、「占有により強化された債権」を侵害すれば、登記の抹消請求を認めなければならないのであり、⁸⁷ ここには基礎にある「権原」の強さが見て取れるのである。⁸⁸ そして、「強い」権原が、「明白な公示」を伴うことで、強い権利を作り出すのである。このように考えると、冒頭の木造納屋の事件でも、その権原自体がそれほど強くない一時使用目的のものであったとしても、長年（1953年から利用されていた）利用されており、その利用が目に見えたわけであるから、利用者の権利は「強い権利」だったのであり、OGHの判決も妥当であると言えるのである。⁸⁹

以上のことから、Schilcher は次のようにまとめている。まず、「物権」という形がオーストリアでは不要である。権利を分ける基準は、そもそも見いだせず、したがって、物権債権の二項対立も不要である。そし

て、絶対的権利（＝物権）と相対的権利（＝債務法上の権利）の区別は時代に適合的ではない。次に、権利を考慮する要素として、3(1)の論文の基準を敷衍している。すなわち、権利の割当ての強度について、法律上、契約上、裁判上の割当てが判断基準となり、EU法、憲法、一般法、裁判による一時的な割当ての順で強度が決定される。そして、実際に妨害されている事例において、合目的で効率的な方法⁹⁰は何かが合わせて検討されなければならないとする。

(3) 考察

以上、Schilcherの問題意識とその分析を、二つの論文から追ってみた。本稿との関連で、最も目を見張るのは「物権債権峻別論」を否定した第2論文である。対立する権利には、常に「強い権利」と「弱い権利」とがあり、その強弱によって権利の優劣が決定するという、価値評価がなされるのである。

では、これを日本の法状況で適用するとどうなるだろうか。日本法でも、現在は民法605条、借地借家法10条、31条により、不動産賃借権には対抗力が認められている。すなわち、不動産賃借権は民法、特別法により「強い保護」がはかられ、それだけ強い権利が不動産の賃借人には与えられている。一方で、賃借目的物を購入した第三者は、目的物を調査すれば、そこに賃借権が設定されていることは容易に想定できる。したがって、ここでより強い権利を有するのは賃借人であると考えられる。そうとすれば、賃借人が賃借権を行使することが優先されるべきということになる。もっとも、「これは民法、借地借家法に規定されているからこそ、そのような効果が認められているにすぎない」という反論がありうる。

そこで、日本の賃借権による妨害排除を認めたかつての判例⁹¹を検討しよう。まず、昭和30年代は戦災による混乱が生じていた。そして、それに乗じて不法な第三者が賃借目的物の上に建物を建てていた。この第

三者には、当然正当な権原（割当て）は存しない。あるのは、一応の占有状態の保護だけである。一方で、罹災都市借地借家臨時処理法は、期限付きでの借地権の対抗を認めており、これにより第三者は借地権の存在を認識すべき（善意であっても、法の趣旨からして、公示があったものと同様に解されるであろう）であった。このように考えると、賃借人には明らかに「強い権利」が付与されていると考えられるため、混乱期の状況をも踏まえると、賃借人に妨害排除請求権をも認めることが妥当である。

そして、二重賃貸借の場合でも、いわゆる「対抗力ある賃借権」については、妨害排除請求権が認められている⁹²。これについても、対抗力という権原が、爾後に設定された借地権に比し、罹災都市借地借家臨時処理法10条によって「強く」保護されていることが出発点となる。もちろん、こちらも戦災により建物が焼失しているという状況をも勘案し、ここで「強い権利」を持つ者は第一賃借人であると言っているのである。

このように考えると、日本法においても「権利の強弱」という考え方が取られており、権利というのは常にこれを基準に判断をすればよいということになる。そうなれば、もはや物権債権峻別論などの二分論に拘束されることなく、適切な判断が行えると言えらる。

もっとも、このような考え方は、「利益衡量論」にすぎないのではないかという誹りを免れない。利益衡量論は、加藤一郎⁹³、星野英一⁹⁴に代表され、一つの判断基準として認められうるものである。そこでは、「また、ある解釈にさいし『なになにの原則』を根拠として、そこから演繹する論法には、よほど注意しなければならないことも、くりかえしておきたい。一方で、そのような論法をできるだけ避けてより具体的な価値判断を端的に行なうよう努め、他方で、そのような論法のなされている場合をみたときには、眉につばして見る必要がある。」⁹⁵という指摘がなされている。確かに、ここでは「価値判断」の重視と、演繹に対する懐疑が見られる。その意味では、Schilcherの考え方に通じるもの

を見て取ることはできるだろう。

しかし、今回紹介した「権利の強弱論」も「利益衡量論」も、理論的な問題点を抱えていることは容易に想像できる。「何人も否定することのできないような価値を捉えるよう努め〔る〕……」⁹⁶ことが利益衡量論ではなされている。しかし、このように指摘してみたところで、全体の「価値観」を体現することなど、不可能に近いとも言うるのである。

この点でも、もちろん利益衡量論でも一定の見解を示しているわけであるが、それを「権利の強弱」として扱い、その基準をも示した Schicher の考え方には、賛同を示したい。この点を踏まえ、最後にまとめをしておこう。

- 43 ドイツ法については、拙稿・「ドイツにおける使用賃貸借の発展(1) (2・完) —物権債権峻別論の検討のために—」早大大学院法研論集 149 号 101 頁以下、同 150 号 107 頁以下と参考文献を、日本法の議論については、枚挙にいとまがないが、例えば、高島平蔵「賃借権の妨害排除」綜合法学 22 号 (1960 年)、渡辺洋三『民法と特別法 I 土地・建物の法律制度 (上) (中)』(東京大学出版会, 1960 年, 1962 年)、篠塚昭次「物権的賃借権について」早稲田法学 36 巻 1・2 号 (1961 年) 125 頁、中井美雄「不動産賃借権にもとづく妨害排除—財産権体系と権利保護制度についての一つの視点—」立命館法学 59 号 (1965 年) 29 頁、同 62 号 (1965 年) 55 頁、鈴木祿弥『借地法上・下巻』(青林書院新社, 1971 年, 1980 年) 原田純孝『近代土地賃借法の研究』(東京大学出版会, 1980 年)、佐賀徹哉「賃借権の物権化に関する一試論—物権・債権交錯の一断面—」林良平先生還暦記念論文集『現代私法学の展望と課題 (上)』(成文堂, 1981 年) 101 頁、田山輝明「賃借権にもとづく妨害排除」森泉章教授還暦記念論集『現代判例民法学の課題』(法学書院, 1988 年) 475 頁、七戸克彦「新『借地借家法』の基本視点—『賃借権の物権化』論との関係で—」自由と正義 43 巻 5 号 (1992 年) 5 頁、近江幸治「債権に基づく妨害排除請求」半田正夫教授還暦記念論文集『民法と著作権法の諸問題』(法学書院, 1993 年) 312 頁、磯村保「賃借権の対抗力と権利濫用法理」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』(成文堂, 2000 年) 213 頁などを参照。

- 44 Bernd Schilcher は 1940 年生まれの法学者であるが、教育制度について邁進

した政治家でもあり、後者において特に著名な人物であった。1975年に教授資格論文を提出し、1978年にはグラーツ大学主任教授として招聘された。論文としては、*Theorie der sozialen Schadensverteilung* (1977) や *Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens*, in: Hg. von Schilcher, Koller, Funk, *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* など、大局的観点からの論考を多く公表している。

45 以下は、Bernd Schilcher, *Starke und Schwache Rechte. Überlegungen zu einer Theorie der subjektiven Rechte*, in: Hg. von Koziol, Helmut/Rummel, Peter, FS Franz Bydliński (2002), S. 343 ff. による。

46 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 45), S. 364.

47 OGH SZ 58/154 ; ZVR 1990/107.

48 Gegenrechtについては、Karl Spielbüchler, *Der Dritte im Schuldverhältnis* (1973), S. 196 を参照。Gegenrecht の意義は、Walter Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht* (1934), S. 48 も参照。

49 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 45), S. 365.

50 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 45), S. 366.

51 第一譲受人に「占有により強化された債権」を認めることについては、Schilcher/Holzner, *Der schadenersatzrechtliche Schutz der Traditonsverwerbers bei Doppelveräußerungen von Liegenschaften*, JBl 1974, S. 512 に提案があり、学説・判例によって広く認められている。Vgl. auch Pletzer, *Doppelveräußerung und Forderungseingriff* (2000)。なお、このように考えると、日本法に比して占有に対する保護が相当厚いように見える。例えば、占有による自力救済が一定の場合に認められる (19 条)。また、ローマ法におけるプブリキアーナ訴権に対応した規定が置かれている (372 条)。ここでは、より権原の強い占有が保護される。これは、賃借人にも適用される。判断基準として、無権限の前主から取得したことや、無償・有償による取得などがある (373 条)。これによれば、目的物の返還や損害賠償、不当利得返還請求が認められる。Vgl. Iro, *Sachenrecht 6. Aufl.*, Rn. 2/54, Rn. 2/68 bis 2/71。このように、占有について日本よりも強い保護を与えていると考えられる。このような占有に対する考え方の違いがあることを、意識されたい。

52 OGH JBl 1977, 257 ; JBl 1981, 535.

53 以上について、Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 45) , S. 369 bis S. 370.

- 54 OGH SZ 7/198 ; SZ 27/278.
- 55 OGH JBl 1990, 447 ; JBl 1990, 453.
- 56 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 45), S. 372.
- 57 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 45), S. 372.
- 58 OGH RdW 1998, 606 においては、ユーザーの差止請求権を認めている。さらに、*Koziol*, *Haftpflichtrecht I*, 3. Auflage (1997) 442 f. は、ユーザーの権利主張を認めるべきとする。
- 59 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 45), S. 387.
- 60 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 45), S. 388.
- 61 Bernd Schilcher, *Ein Abschied, der schon längst fällig war — Nekrolog auf den Dualismus von dinglichen und obligatorischen Rechten in Österreich*, in: Fenyves FS (2013), S.311
- 62 OGH 9Ob29/11x.
- 63 ここでは、民法 364 条 2 項が適用されるかが問題とされた。同条は近傍の通常の用法を超えた、騒音や臭気などについて、相隣者に土地の所有者が差止めを請求できることが定められている。オーストリアでも、建物の所有権は土地の所有権に吸収されるから、規定方法としては妥当である。しかし、本件の場合には、土地の所有者ではない（土地の所有者は自治体であった）ため、直接に適用することは考えられないのであった。
- 64 *Holzner*, “Immissionsabwehransprüche” für Superädifikatseigentümer mit nur prekaristischem Grundnutzungsverhältnis ? “ JBl 2012, 136.
- 65 OGH 7Ob654/89.
- 66 OGH 1Ob19/90.
- 67 OGH 8Ob253/92.
- 68 OGH 1Ob416/97a.
- 69 OGH 1Ob159/00i.
- 70 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 61), S. 313.
- 71 OGH SZ 21/45.
- 72 372 条は、所有権の推定について、その権原の強弱によって決定することを定める。権原を有せず、あるいは、より弱い権原を有するに過ぎない占有者に対して、より強い権原を有する者は、所有者の地位を維持するとされている。
- 73 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 61), S. 314.
- 74 OGH immolex 2009/47.

- 75 F. Bydliniski, *Der negatorische Schutz des Mieters gegen Dritte und das Rechtssystem*, in: FS Wesener, S. 84.
- 76 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 61), S. 315.
- 77 Ehrenzweig, *J1, Allgemeiner Teil*²(1951), 129. この考え方は多分に比喩的であり、どのように解釈をするかの問題に帰着しよう。「青」というものは、そこになければ存在しえない。しかし、我々は「青」を対象として認識している。これは、物権でも同様であって、眼前に「物権」というものが存在しなかったとしても、主観的に物権というものを認識して称しているということ、比喩的に示しているということであろう。
- 78 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 61), S. 317.
- 79 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 61), S. 317.
- 80 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 61), S. 318.
- 81 Eduard Picker, *Der „dingliche“ Anspruch*, in FS F. Bydliniski (2002), 269 ff.
- 82 Vgl. Picker, a. a. O. (Fn. 81), S. 275, S. 276, S. 281, S. 314.
- 83 OGH JBl 1990, 447, JBl 1990, 453.
- 84 Apathy, *Die publizianische Klage. Das relativ dingliche Recht des rechtmäßigen Besitzers*. (1981) ; OGH SZ 50/10 ; JBl 1985, 492.
- 85 これについては、注 48 を参照。
- 86 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 61), S. 326.
- 87 これについては、3(1)の議論を参照。
- 88 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 61), S. 328.
- 89 Vgl. Schilcher, a. a. O. (Fn. 61), S. 328.
- 90 筆者にてこれについて敷衍すると、これは、賃借人が賃借権を妨害されていたという先に紹介した事例において、もはや帰還する見込みのない賃貸人のみしか、不法占拠者に対抗できないとすれば、あまりに不合理かつ不効率であるということであろう。このような事例が多かった第二次大戦後の時期には、賃借人が権利行使をするほうがよほど合理的かつ効率的（経済的）と言える。不法占拠者に占拠を認めるという結果は、認められるべきではないからである。
- 91 最三小判昭和 30 年 4 月 5 日民集 9 卷 4 号 431 頁。ただし、今般の債権法改正により、対抗力ある不動産賃借権には妨害排除ができる旨が規定される（605 条の 4）。したがって、新債権法の下では法律の効果ともいえることになるが、かつてはこのような規定がなかったのであるから、本稿で述べる価値観が

否定されることにはならない。

92 最二小判昭和 28 年 12 月 18 日民集 7 卷 12 号 1515 頁。

93 加藤一郎『法解釈における論理と利益衡量』（有斐閣，1974 年）など。

94 星野英一「民法の解釈のしかたとその背景」『民法論集 8』（有斐閣，1996 年）187 頁など。

95 星野英一「民法解釈論序説」『民法論集第 1 卷』（有斐閣，1970 年）31 頁，32 頁。

96 星野英一「民法解釈論序説・補論」『民法論集第 1 卷』（有斐閣，1970 年）57 頁。

4 おわりに

(1) 片面的権利論から両面的権利行使論へ

本稿では、Schilcher の「権利強弱論」を、賃借権の物権化に主に焦点を当て、検討した。結局のところ、Schilcher が述べたかったことは、「権利主張調整論」であったのではないかと推察される。

すなわち、これまでの権利体系は、上位にある概念（物権債権峻別論，財貨帰属論など，権利の種類により分かとうと考える概念）から演繹的に結論を導き出すものであった。これは，ある状況下においてある者がどのような「権利」を有するかが未確定の時代にあつては，有効な議論であつたろう。主張の「根拠」として，「権利」を考えなければ，訴訟の無駄な乱発が防げないことから，必要な作業であつたはずである。しかし，「権利」というのが一定の理解を得て，確定的となったといいうる現代にあつては，もはや「権利」が何かということは，それほど問題とはならない。紛争の当事者は，常に何らかの「権限」を提示するからである。不法占拠者であっても「占有（権）」を主張できるのであるし，生活妨害があつたとしても，その妨害者が「所有権」を有していれば，その所有権の行使を主張できる。しかし，その対極には，現に侵害を受けている者がいる。Schilcher は，これを権利と対立する権利

Gegenrecht とで捉え、どちらにより強い権利があるかを判断する。すなわち、かつてのように片面的に権利を主張し、その権利の内容を確定することが現在行われているわけではなく、両面的に当事者の権利を捉えつつ、それをどのように調整するかに重きが置かれているのである。そして、その調整のためには、強い権利を守るために妨害排除や不法行為による損害賠償を認めるべきであり、それが認められるのは、物権だから債権だからということではなくて、「より強い権利」を有するからである。所有権ゆえに絶対的に保護されるわけでもなく、賃借権ゆえに相対的にしか保護されないというわけでもないのである。

ここで問題となるのは、ある権利行使について、それが認められるかどうか、権利行使をする背景には何があるのか、ということである。すなわち、それは常に権利を相対的に捉えることになるのであり、実際に行われようとしている権利の行使がどのような意味を有するのかを分析的に捉え、相互の関係に位置づけていく作業が求められているのである。このように捉えると、もはや類型論では意味がないということになり、事案ごとに異なる判断をすることが求められる。すなわち、物権、債権、無体財産権、人格権などの枠組みの「克服」が求められているのである。

(2) 今後の課題

Schilcher の論文は、上述のように示唆的なものであり、わが国の物権債権峻別論を考える上での「克服の方法」が示されている。しかし、Schilcher はこれをオーストリアの幅広い法現象から捉えようとしている。

本稿は、紙幅の関係上、不動産賃貸借権の物権化に焦点を絞ったが、今後にはより多角的な分析が必要であるし、日本法に妥当するより適切な基準が存在する可能性もある。このような、権利行使に関する妥当的判断の導き方⁹⁷について、日本法の観点でより詳細に分析することが、本来は

必要なことであるが、筆者の現在の力量ではそこまで広範な検討まではできなかった。これについては今後の課題として示すに留めたい。

97 このような視点は、訴訟等の裁判実務や、実務上の紛争解決についても必要な視点である。社会の実際の「価値判断」は、法学を検討する上で切り離しえない視点である。裁判官による要件事実の分析の困難さについて、河村浩「法の解釈において基礎とされるべきもの—要件事実の決定における実務家の悩み」伊藤滋夫『基礎法学と要件事実』（日本評論社、2018年）64頁などを参照。この点については、掲げた論考も含め、弁護士であり、早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程生である佐藤元先生よりご教示いただいた。この場にて、心より謝意を表する。

〔付記〕本研究は、一般社団法人司法協会平成29年度研究助成による成果の一部である。